

SEÇÃO GERAL

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROCESSO DELIBERATIVO ADVERSATIVO: A TESE DA “ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”

**Rafael Bitencourt
Carvalhaes**

Mestre em Direito e
Políticas Públicas pela
Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO); Especialista em
Direito Civil Constitucional
pela Universidade Estadual
do Rio de Janeiro (UERJ);
Especialista em Direito
Público e Privado pela
UNESA/FEMPERJ.
rafael.carvalhaes.adv@
gmail.com

Recebido: abril 30, 2016

Aceito: agosto 18, 2016

The Judicialization of Public Policy and the Deliberative Adversative Process: the “Last Provisional Word” Thesis

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a judicialização das políticas públicas diante do processo deliberativo democrático, em que o judiciário serve de espaço público para construção e formulação de políticas públicas. Para tanto, verificar-se-á o papel do STF como uma arena política para o debate público através da análise institucional deliberativa, na perspectiva da Democracia Constitucional Brasileira pós 1988, que vinculou a agenda pública dos atores governamentais à realização de direitos sociais e individuais. Com isso, o desfecho da investigação pretende comprovar que a democracia deliberativa pode ser uma solução razoável na tomada de decisões e de escolhas públicas.

Palavras-chave: Política Pública, Justiça e Política, Democracia Deliberativa.

Abstract

This paper aims to examine the judicialization of public policies in the democratic decision-making process, in which the judiciary serves as a public space for construction and development of public policies. Thus shall be verified the role of the Supreme Court as a political arena for public debate through deliberative institutional analysis, from the perspective of Brazilian Constitutional Democracy after 1988 which linked the public agenda of government actors into realization

of social and individual rights. Thus, the outcome of the research aims to prove that deliberative democracy can be one reasonable solution on decision making and public choices.

Keywords: Public Policies, Justice and Politics, Deliberative Democracy.

A problemática de uma constituição dirigente na formulação de diretrizes políticas desencadeou uma ampla judicialização da política, renovando o papel do judiciário nas novas democracias.

INTRODUÇÃO

Estado democrático de direito é um problema jurídico-político (juspolítico), ante o desenho institucional propiciado pela Constituição de 1988. A problemática de uma constituição dirigente na formulação de diretrizes políticas desencadeou uma ampla judicialização da política, renovando o papel do judiciário nas novas democracias.

Direito e política são questões inter-relacionais no âmbito das políticas públicas, destacando-se neste cenário a atuação do judiciário na formulação de políticas públicas, bem como os fenômenos referentes ao ativismo jurídico e o processo de judicialização no atual cenário brasileiro. A construção teórica da atividade jurisdicional na formulação de políticas públicas pode ser analisada através de um processo deliberativo adversativo, revisando os posicionamentos hegemônicos da supremacia judicial ou legislativa. Os aportes teóricos ora apresentados tendem a criar um ponto de reflexão quanto à formulação das políticas públicas através da democracia deliberativa, ensejando novas matrizes epistemológicas para análise da atividade jurisdicional.

O texto foi organizado em três tópicos. No primeiro será analisado o paradigma da judicialização das políticas públicas diante do atual desenho constitucional e dos arranjos políticos. No segundo capítulo será debatido os argumentos a favor e contra a supremacia judicial, focando no debate travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Ao fim, com base nas lições de Carlos Santiago Niño e Conrado Hübner Mendes, pretende-se demonstrar que o modelo deliberativo adversativo torna contingencial a questão da “última palavra”, elevando o desempenho deliberativo institucional na formação do consenso, implicando na continuidade do debate e na melhor implementação de políticas públicas.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS E O PARADIGMA DA JUDICIALIZAÇÃO

O conceito de política pública teve uma grande influência da ciência política americana, não havendo uma univocidade quanto a sua definição. John W. Kingdon de forma simplificada define políticas públicas como:

um conjunto de processos, incluindo pelo menos: o estabelecimento de uma agenda; a especificação das alternativas a partir das quais as escolhas são feitas. Uma escolha final entre essas alternativas específicas, por meio de votação no legislativo ou decisão presidencial, e a implementação dessa decisão¹.

Celina Souza destaca que não existe uma única, ou a melhor, definição sobre políticas públicas, mas que geralmente a análise gira em torno de atos de governo, destacando que²:

Do ponto de vista teórico conceitual, a política pública em geral e a política social em particular são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos. Por isso, uma teoria geral da política pública implica a busca de sintetizar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia³.

Nesse passo, verifica-se que a tradição da ciência política no que tange à análise de políticas públicas esteve mais preocupada com sua definição enquanto modelo e estrutura de análise, do que com uma definição substantiva que discrimine o conteúdo das políticas públicas. No Brasil, boa parte dos cientistas políticos formulou suas definições com base nas propostas dos politólogos americanos que, ao tratarem da matéria, realizaram uma ampla divisão no que tange o conteúdo, focando as análises nas formas e ciclos da política pública. Contudo, com o avanço do constitucionalismo e da análise multidisciplinar, alguns autores buscaram uma definição jurídica das políticas públicas, a fim de adequá-las ao sistema jurídico contemporâneo. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Maria Paula Dallari Bucci:

¹ KINGDON, 2006, p. 221.

² Nessa mesma linha, a definição de Thomas R. Dye, ao destacar as políticas públicas como uma escolha governamental entre “o que fazer” ou “o que não fazer”, configurando um processo de escolhas que regulamentam e organizam a sociedade (DYE, 2013, p. 3).

³ SOUZA, 2006, p. 25.

Política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo em que se espera o atingimento dos resultados⁴.

Destarte, nos pontos abordados pela autora em sua definição, deve-se destacar que sua teoria pretende delinear um espaço epistemológico novo para o direito, ante a “necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular dos direitos sociais”⁵.

Neste cenário, também se destacam as críticas levantadas por Diogo R. Coutinho que ao analisar “o direito nas políticas públicas”, promove “uma provocação aos juristas brasileiros”, uma vez que a análise empreendida por acadêmicos, juristas, magistrados e demais atores do campo do direito encontra-se distante do ponto de vista acadêmico, acarretando uma visão empobrecida do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. O autor aponta que a análise das políticas públicas encontra-se limitada a um direito administrativo anacrônico de matiz liberal, cujas raízes ainda encontram-se no direito francês do século XX, destacando ainda que:

Para os juristas administrativistas as políticas públicas são, em regra, formalmente traduzidas como uma sucessão de atos administrativos e não como um continuum articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meios (...). Essa visão fragmentária impõe limitações severas à compreensão de políticas públicas como planos de ação prospectivos que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de autocorreção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação⁶.

⁴ BUCCI, 2006, p. 39.

⁵ BUCCI, 2006, p. 3.

⁶ COUTINHO, 2013, p. 187.

Desta forma, a fim de solucionar tal problema metodológico, o autor analisa o direito nas políticas públicas sob quatro vieses. No primeiro, o objetivo do direito é indicar uma diretriz normativa que delimita de forma geral o dever a ser perseguido em termos de ação governamental. “E ao serem juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, *a priori* e/ou *a posteriori* pelos crivos de constitucionalidade e legalidade, que situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo”⁷. No segundo, o direito é analisado sob a dimensão institucional das políticas públicas, em que o direito é responsável pela viabilização e articulação entre os atores e a organização dos programas institucionais. Na terceira via de análise, o direito é utilizado como ferramenta de políticas públicas na seleção e formação de meios empregados para execução e modelagem de uma determinada política pública. Nesse aspecto, “o direito não apenas pode ser entendido como conjunto de meios pelos quais os objetivos últimos da política pública são alcançados, mas também como regras internas que permitem a calibragem e a autocorreção operacional dessas mesmas políticas”⁸. Por fim, autor apresenta o direito como vocalizador das demandas em políticas públicas, em que o direito deve prover mecanismos de deliberação, participação, colaboração e decisão conjunta, a fim de que as políticas públicas possam ser tomadas com base em uma argumentação aberta da sociedade⁹.

Corroborando a proposta empreendida, Cláudio Gonçalves destaca que a Constituição “estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam no jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos”¹⁰. Assim, o interesse público absorvido pela Constituição vincula a análise das políticas (*policy*) quanto ao seu conteúdo, bem como o processo político de formulação (*politics*). Para verificar as políticas públicas nas democracias constitucionais é necessário entender a vinculação entre governo, democracia e governabilidade. Logo, a vinculação constitucional a um programa específico de Estado democrático tende a imprimir um determinado ideal

⁷ COUTINHO, 2013, p. 188.

⁸ COUTINHO, 2013, p. 195.

⁹ COUTINHO, 2013, p. 197.

¹⁰ COUTO, 2006, p. 97.

A maximização de direitos e a eventual ampliação do Estado na consecução de direitos prestacionais elevam a análise da política pública à seara do dirigismo político da Carta Constitucional de 1988.

na formação de políticas públicas, gerando um compromisso com as normas fundamentais inseridas pela carta constitucional.

Nesse sentido, Thiago Lima Breus destaca que “as políticas públicas como mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados”¹¹. O autor trata a questão ante as novas vertentes do constitucionalismo brasileiro, destacando a força normativa e a supremacia da constituição, bem como a realização de uma constituição permeada por direitos fundamentais propiciam uma catalisação das políticas públicas no Estado Constitucional, apontando que:

A inserção dos princípios no ordenamento jurídico do Estado constitucional propicia ainda o dirigismo da Constituição, que atua como norte para atuação do aparato administrativo por meio do estabelecimento e da implementação de políticas públicas, que se tornam o meio político jurídico por excelência à disposição do Estado para atendimento aos elementos programáticos da Constituição, que, nos países de modernidade tardia como o Brasil, permanecem plenamente vigentes¹².

A maximização de direitos e a eventual ampliação do Estado na consecução de direitos prestacionais elevam a análise da política pública à seara do dirigismo político da Carta Constitucional de 1988. Tendo em vista esse cenário político, muitas críticas são formuladas à vinculação do programa constitucional, alegando que a concepção de uma constituição dirigente tenderia a substituir o processo político, que por sua vez limitaria a própria soberania popular. Para Gilberto Bercovici, a constituição dirigente não suprimiu a atuação política, pelo contrário, “ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional”¹³.

Por outro lado, a assimilação entre constitucionalismo e políticas públicas é facilmente identificável pela gama de alterações que a Constituição de 1988 vem sofrendo nos últimos vinte e cinco anos, já que a constituição brasileira apresenta uma média anual de

¹¹ BREUS, 2007, p. 205.

¹² BREUS, 2007, p. 271.

¹³ BERCOVICI, 1999, p. 40.

3,8 emendas constitucionais, contando com as de revisão, perfazendo um total de 91 emendas constitucionais, gerando uma verdadeira “assembleia constituinte permanente”¹⁴.

Segundo Marcus André Melo, o processo de mudança constitucional é determinado pelas escolhas dos constituintes quanto aos compromissos futuros, ou seja, quanto mais fragmentado for o processo político, mais chances de emendamento para acomodar os novos interesses políticos. No caso do Brasil, o marco da constituinte foi o pluralismo¹⁵, logo a incerteza sobre o processo político futuro fez com que os constituintes investissem em dispositivos abrangentes, rígidos e amplamente constitucionalizados, a fim de manter suas eventuais preferências caso estivessem na oposição, nesse sentido:

O processo constituinte brasileiro herdou relativamente intacto o poder judiciário do governo militar e apresentava ainda fortes incertezas sobre o jogo democrático em virtude do papel importante dos militares no processo de transição. A transição democrática esteve marcada efetivamente por incertezas. A aliança Democrática que comandava a coalizão de transição não tinha expectativas de manutenção do *status* de maioria no futuro próximo¹⁶.

Tornaram-se uma patologia na Constituição de 1988, as emendas que determinavam o rumo político do Brasil, mitigando em grande parte o dirigismo constitucional de 1988. Rogério B. Arantes e Cláudio G. Couto identificaram a presença de uma gama de políticas públicas constitucionalizadas, e que essa presença estava diretamente associada a processo de governabilidade. Inicialmente, registra-se indispensável à divisão a contextualização dos termos “*polity*”, “*politics*” e “*policy*”, o primeiro estaria ligado ao pacto relativamente neutro entre os diversos atores políticos, o segundo refere-se ao relacionamento dinâmico e conflitivo entre os atores políticos, e o último relaciona-se com vitória e derrota sobre temas controversos entre diferentes atores¹⁷.

¹⁴ MELO, 2013, p. 187-206.

¹⁵ Marcus André Melo explica que “a opção por uma constituição detalhada por sua vez era um imperativo da natureza fragmentada da barganha política, do alto grau de incertezas no momento dessas escolhas institucionais e da explosão de demandas geradas em virtude de um processo de democratização e, da extensa participação no processo constituinte” (MELO, 2013, p. 191).

¹⁶ MELO, 2013, p. 193.

¹⁷ ARANTES; COUTO, 2013, p. 11.

(...) a Constituição de 1988 apresenta quatrocentos e noventa e seis dispositivos referentes a políticas públicas, o que representa 30,5% dos dispositivos legais.

Esse arranjo político tende a demonstrar que a Constituição foi rica ao estabelecer políticas públicas constitucionais e direitos sociais. Notadamente, a Constituição de 1988 apresenta quatrocentos e noventa e seis dispositivos referentes a políticas públicas, o que representa 30,5% dos dispositivos legais. Tais números demonstram que em muitos casos os constituintes, originário e derivado, descreveram alguns direitos sociais em nível de detalhes, transformando-os em verdadeiras políticas públicas. Esse processo de “governar com a Constituição” retrata o problema estrutural da questão política brasileira, já que “Cartas Constitucionais que contêm um grande número de políticas públicas para além dos princípios fundamentais, que normalmente são sua razão de ser, encerram um permanente processo de emendamento constitucional”¹⁸.

Essas questões, ao que parecem, traduzem a dificuldade de se compatibilizar os vários interesses plurais da sociedade na Constituição. Essa variedade de políticas públicas obriga o Poder Executivo a governar através de alterações constitucionais, como aconteceu na reforma do Estado no governo FHC, e na reforma da previdência do governo Lula. Isso significa que, “é o presidente o maior interessado em modificar o status quo das políticas públicas e ele sabe que esse status quo está definido constitucionalmente. Para que ele possa operar políticas, precisa mudar a constituição”¹⁹.

A constituição vinculou políticas públicas e sociais na agenda governamental, na expectativa de atrelar o programa dirigente a possíveis sucessões governamentais. No caso, o processo governamental que deveria ser amplamente debatido tende a ser monopolizado através de um presidencialismo de coalizão, que depende de uma ampla maioria para realizar as reformas político-constitucionais.

A vinculação das políticas públicas revela o desenho institucional da Constituição de 1988, consignando que alguns direitos sociais expressos de forma universal foram detalhados com base em critérios objetivos, determinando que “as políticas públicas concretizem a escolha em relação a esse mesmo *facere*, dentro das exigências formulas pela Carta de 1988”²⁰.

¹⁸ ARANTES; COUTO, 2013, p. 214.

¹⁹ ARANTES; COUTO, 2013, p. 217.

²⁰ VALLE, 2009, p. 62.

Vanice Regina Lírio do Valle destaca que o encontro das políticas públicas com o direito visa orientar o agir do poder, criando um vetor de controle externo social, gerando uma dupla funcionalidade da juridicização das políticas públicas:

A juridicização do conceito de políticas públicas é enriquecimento do sistema jurídico, que reconhece que o agir da administração não se pode resumir na mera reação as provocações do dia; ao contrário, esse agir só poderá conciliar eficiência e valor, resultado e compromisso como os direitos fundamentais. se construído a partir de um planejamento que contemple ainda uma visão relacional das suas múltiplas manifestações que otimize o uso de elementos para o melhor atendimento do interesse público²¹.

Nesses termos, políticas públicas refletem a concretização do interesse público constitucional, sejam elas políticas ordinárias ou constitucionais. A referida diferenciação revela o grau de sindicabilidade e vinculação com os parâmetros já traçados na Carta Constitucional.

Entretanto, a falta de efetividade das políticas públicas sociais criou um abismo entre representante e representados, gerando uma desconfiança nos valores da própria democracia. A perda do valor do trabalho, e a inatividade no campo dos direitos sociais acabaram por alienar a sociedade explorada, gerando déficit de participação social e, conseqüentemente, a perda dos ideais democráticos de justiça e igualdade. Essa afirmação afasta-se do senso comum, quando nos deparamos dia a dia com os problemas institucionais, ou seja, não há que se perquirir sobre a falência das prestações públicas, basta ver que a desigualdade é latente²².

Tal fato acarretou a busca por novas formas de integração e participação na democracia, nas quais o povo através do Poder Judiciário criou um ambiente democrático para o debate público, gerando uma verdadeira emancipação no campo social.

Diante dessa nova estrutura constitucional democrática, o Judiciário passou a exercer um papel muito mais ativo no campo político

²¹ VALLE, 2009, p. 85.

²² Segundo José Murilo de Carvalho (2002, p. 207): "O problema do déficit ainda persiste, e, diante das pressões no sentido de reduzir o custo do Estado, pode se esperar propostas mais radicais (...). Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial".

social, com a expansão de seus poderes acarretada pelo fenômeno da judicialização da política²³. Passou-se a interpretar de forma mais ampla os direitos fundamentais e sociais, sob o fundamento de justiça material, logo:

Os direitos fundamentais são condições da democracia, razão pela qual a prestação é obrigatória, não podendo ficar aberta à decisão das maiorias. A não prestação de um serviço público necessário à concretização de um direito fundamental é antidemocrática, ainda que apoiada pelos representantes eleitos pelo povo²⁴.

Para Javier A. Couso, ocorreu uma mudança do papel da lei e dos tribunais na América Latina, deixando de ser um obstáculo à mudança social para uma verdadeira ferramenta de equidade, sendo uma das características mais marcante nas novas democracias latino-americanas. Segundo o autor, a descoberta da corte como forma de realização social teve grande impacto na transformação e inclusão política do cidadão²⁵. Nesse mesmo sentido destacou Oscar Vilhena Vieira:

O uso da lei, a fim de promover a mudança social, não só através dos tribunais, mas também através de espaços políticos abertos pelas Supremas Cortes sob pressão dos movimentos sociais e organizações da sociedade civil. Em outras palavras, a separação de direito / política fornece espaço legítimo em que essas cortes sejam capazes de fazer cumprir as disposições constitucionais transformadoras²⁶.

Roberto Gargarella destaca que tais mudanças significam uma reincorporação do povo sobre a organização do poder, sobre aquilo que

23 Para Neal Tate e Torbjörn Vallinder: *The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial power, which, for brevity, we shall frequently refer to as "judicialization of politics"* (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5). Segundo New Tate: *"The presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interest groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and the delegation of courts of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics"* (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33). Tradução livre: "A presença da democracia, o sistema de separação de poderes, uma política de direitos, um sistema de grupos de interesse e de uma oposição política consciente dos meios judiciais para atingir seus interesses, partidos fracos ou coligações governamentais frágeis que acarretam um impasse político nas instituições majoritárias, apoio a políticas públicas inadequadas, pelo menos em relação ao Poder Judiciário, e a delegação do poder da tomada de decisão em determinados domínios políticos aos tribunais contribuem para a judicialização da política".

24 SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 730.

25 COUSO, 2006, p. 71.

26 VIEIRA, 2014, p. 617.

ele denominou de “sala de maquinas” da Constituição. Na análise das diferentes funções do Poder Judiciário no processo de decisão política na América Latina, Mariana Magaldi de Souza destaca o papel das cortes como um representante alternativo da sociedade, enfatizando que:

When courts see themselves as the advocates of minorities or the ‘weak’ and try to expose and rectify social injustices, they are engaging in their fourth possible role in the policymaking process: an alternative societal representative. Even though the effects of courts’ decisions affect only the involved parties, they are actually helping to change the policy status quo²⁷.

Para Luis Roberto Barroso, esse novo modelo de constitucionalismo teve como marco teórico o reconhecimento e a expansão da força normativa da Constituição, bem como o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional²⁸. Para o constitucionalista, com base na teoria de Konrad Hesse, a constituição deixa de ser um instrumento estritamente político, para o reconhecimento de sua força normativa, revelando uma face vinculativa e obrigatória diante do ordenamento jurídico²⁹.

Diante desse novo modelo constitucional, os direitos fundamentais passam a limitar o processo político majoritário, alterando o modelo de supremacia parlamentar para um modelo de ampliação da jurisdição constitucional, inspirado na doutrina norte americana do *judicial review*. Nesse modelo, as proteções de algumas normas constitucionais não poderiam ficar estritamente subjugadas ao palco político majoritário, encontrando amparo junto a um Tribunal Constitucional. Consequentemente, a Constituição passa a ser o novo paradigma hermenêutico, com novos princípios de natureza instrumental, entre eles a supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade das normas constitucionais³⁰.

27 SOUZA, 2010, p. 89. Tradução livre: Quando os tribunais se veem como os defensores de minorias ou dos “fracos” e tentam expor e corrigir injustiças sociais, eles estão se engajando em seu quarto papel possível no processo de formulação de políticas: como um representante da sociedade alternativa. Mesmo que os efeitos das decisões dos tribunais afetam apenas as partes envolvidas, eles estão realmente ajudando a mudar o *status quo* da política.

28 BARROSO, 2006, p. 138.

29 HESSE, 1991.

30 BARROSO, 2006, p. 140-142.

Nesse passo, o ordenamento jurídico passa a ser influenciado diretamente pelas normas constitucionais, impregnando os outros ramos do direito, adotando também uma “valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, e abertura da argumentação jurídica à moral”³¹. Essa constitucionalização do direito é fruto de uma real e necessária adequação do ordenamento jurídico às premissas constitucionais.

A judicialização no Brasil advém do desenho institucional da Constituição que ampliou a atuação judicial quanto a questões morais, sociais e políticas. Esse fenômeno decorre da soma de três fatores interligados. O primeiro é a institucionalização de um Judiciário forte e independente, o segundo está intrinsecamente ligado à crise política majoritária, ante a falta de confiança nas instituições e em seus representantes e, por fim, a transferência decisória de questões moralmente polêmicas para o bojo do Judiciário, evitando assim o custo político da tomada de decisões. Tais fatores amalgamados propiciam uma arena nova para prática constitucional, implicando a redefinição do papel político e jurídico do Supremo Tribunal Federal³².

Assim, essa interdependência reflexiva entre déficit democrático e inatividade das prestações sociais vem deslocando os conflitos sociais para o âmbito do Poder Judiciário, gerando uma democracia amplamente judicializada, na qual as cortes vêm exercendo um papel transformador no que tange à realização de direitos sociais e políticas públicas através do controle judicial de políticas públicas.

³¹ SARMENTO, 2010, p. 252.

³² BARROSO, 2012. No mesmo sentido, Tom Ginsburg destaca que: “*Judicial review reflects the incentives of constitutional designers to adopt form of political insurance. By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable. As democratization increases electoral uncertainty, demand for insurance rises. Although other institutions can also serve to protect minorities, judicial review has become particularly focal. This theory goes a long way toward explaining the rapid spread of judicial review in recently adopted constitutions*” (GINSBURG, 2003, p.33). Tradução livre: “A revisão judicial reflete os incentivos dos constituintes que adotaram um desenho político seguro. Ao assegurar que os perdedores na arena legislativa fossem capazes de trazer reivindicações ao tribunal, a revisão judicial reduziu o custo de elaboração da constituição e permitiu que os autores realizassem barganhas constitucionais que seriam impossíveis de obter de outra forma. Como a democratização aumenta a incerteza eleitoral, surge a demanda por maior segurança. Embora outras instituições também possam servir para proteger as minorias, a revisão judicial tornou-se particularmente focal. Esta teoria caminha para explicar a rápida disseminação da revisão judicial adotada nas recentes constituições”.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E O DISSENSO: O PROBLEMA DA ÚLTIMA PALAVRA

O ativismo judicial³³ não possui uma univocidade de sentidos, contudo suas raízes estão diretamente relacionadas com o desenho institucional da Constituição. Lawrence Baum³⁴, em análise da Suprema Corte americana, destacou que o ativismo da Corte não estava correlacionado somente com o *judicial review*, mas através do conflito político com os outros poderes.

O desenho institucional norte-americano talvez seja o mais propício para analisar em comparação ao brasileiro, uma vez que as incorporações de vários institutos do direito estadunidense ganharam forma na atuação do judiciário pátrio. Não há como negar, por outro lado, que a criação dos tribunais constitucionais após a Segunda Guerra são um marco expressivo na discussão do ativismo judicial e que, muitas vezes, a corte apresenta-se como uma verdadeira salvaguarda dos direitos. Entretanto, aqui o tema será limitado aos fins do presente trabalho, apresentando uma visão sintetizada das questões envolvendo o ativismo judicial.

Ainda hoje, a referência matricial do ativismo judicial tem seu locus na Corte de Earl Warren (1953-1969), onde a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou questões afetas a direitos civis, liberdade de religião e separação da Igreja, proibição de leitura religiosa nas escolas, integração racial, movimento feministas, intimidade, liberdade de imprensa e tantos outros direitos controversos da sociedade americana. Nesse sentido, a Corte abriu-se para questões sociais e individuais do povo, acarretando numa expansão não só dos poderes da Suprema Corte, mas de sua própria imagem. O que torna a Corte de Warren um marco no desenho institucional norte-americano é que Earl Warren possuía fortes convicções políticas quanto aos problemas da sociedade, levando-os para dentro

33 Segundo Luis Roberto Barroso, existe uma tênue diferenciação entre ativismo e judicialização, segundo o autor a judicialização é oriunda do desenho institucional brasileiro, “já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo seu alcance.” (BARROSO, 2012)

34 Segundo o Autor: A revisão judicial permanece como mecanismo pelo qual a corte assume mais diretamente uma posição ativista. O padrão do uso da revisão judicial pela corte para anular políticas governamentais, provavelmente, é o melhor indicador do ativismo da corte e dos limites sobre seu ativismo. Mas uma avaliação geral da significação da corte como elaboradora de políticas precisa levar em conta todos os aspectos do seu trabalho (BAUM, 1987, p. 260).

da Corte, obrigando a sociedade à época discutir tais matérias, mesmo que através dos juízes³⁵.

Esse posicionamento mais “ativista” da Corte reavivou a discussão sobre o papel do Judiciário, bem como sua função política na formação de um Estado mais justo. Notadamente, os Estados Unidos diferenciam-se pelo seu pequeno catálogo de direitos de cunho liberal, contudo tal fato não impediu a Corte de julgar *Brown v. Board of Education of Topeka*, eliminando a segregação racial nas escolas públicas com base na cláusula do *due process*, no qual o *Chief-justice* Warren destacou que:

Quando o Estado se encarrega de prover tal oportunidade, a mesma constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições. (...) Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação das crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva as dos grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais³⁶.

Tais fatos demonstram que uma corte engajada em resolver os déficits políticos da sociedade estaria de alguma forma se sobrepondo aos demais poderes políticos, resolvendo não só questões jurídicas, mas também questões intimamente políticas. A insurgência de juízes em desfavor dos representantes eleitos passa a gerar um desconforto, já que existe um problema de fundo que não é a pura e simples tese da legitimidade para revogar leis, mas de quem manda no jogo do poder. Nesse aspecto, passou-se a discutir quem teria a última palavra em termos de matéria constitucional, uma corte formada por uma “juristocracia”, ou os representantes eleitos pelo “batismo popular”. Essa discussão foi travada por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição, em que todos participem na interpretação e aplicação dos dispositivos abstratos que fazem referencia de decência e justiça, e que o interprete final é a Suprema Corte:

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade supre-

³⁵ RODRIGUES, 1991.

³⁶ RODRIGUES, 1991, p. 170.

ma para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte³⁷.

Segundo o autor, a Suprema Corte norte-americana teve uma notável influência na formação da sociedade estadunidense, destacando que os debates sobre temas controvertidos são melhores difundidos na sociedade quando são tratados pela Corte. Assim, uma leitura moral da Constituição não pode ser classificada como antidemocrática, mas ao contrário, ela é indispensável para a própria democracia.

Dworkin fundamenta sua leitura moral em princípios gerais que devam seguir um ideal político, em que “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político”³⁸. A leitura moral não atinge todo conteúdo da Constituição, mas aqueles princípios substantivos que apresentem o ideal de igualdade da Constituição. Consequentemente, o autor vai se opor à regra do governo majoritário, destacando que a democracia não se resume a regra da maioria:

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse mesmo motivo devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantem e respeitem as condições democráticas³⁹.

Uma leitura moral da constituição, nesse caso, resume-se na definição de qual é a instituição que melhor garante as condições democráticas de igual consideração e respeito, sendo que o legislativo não é o veículo mais apropriado para a proteção dos direitos de grupos pouco populares, ante a sua vulnerabilidade a pressões políticas e financeiras.

Como asseverou Conrado Hübner Mendes, Dworkin não se importa com a possibilidade de que a corte erre, mas nega que o erro do Judiciário seja maior só porque juízes não são representantes eleitos,

³⁷ DWORKIN, 2006, p. 2.

³⁸ DWORKIN, 2006, p. 26.

³⁹ DWORKIN, 2006, p. 27.

Notadamente, a concepção moral de constituição de Dworkin se encaixa com sua teoria do direito como integridade e na atuação hercúlea dos juízes na interpretação do direito.

“a corte alça a discussão para o plano dos princípios. Importam antes, o compromisso e a atitude, não a resposta. O fórum do princípio para que se proteja da batalha da política cotidiana, compromete-se com a disciplina do argumento”⁴⁰.

Dworkin desfecha sua tese destacando que:

Se a interpretação mais direta da prática constitucional norte-americana mostra que nossos juízes são dotados da autoridade interpretativa final e que eles, em sua maioria, compreendem a Declaração de Direitos como uma constituição de princípio - se essa é a melhor explicação das decisões que os juízes efetivamente tomam é que o público em sua maioria aceita -, não temos motivo algum para resistir a essa leitura e nos esforçar para encontrar outra que pareça mais compatível com a filosofia majoritária⁴¹.

Notadamente, a concepção moral de constituição de Dworkin se encaixa com sua teoria do direito como integridade⁴² e na atuação hercúlea dos juízes na interpretação do direito, com base em princípios morais para justificar uma resposta certa. Contudo, o autor se justifica destacando que “se uma teoria constitucional reflete determinada postura moral, isso não é motivo nem de surpresa, nem ridículo, nem de suspeita. Seria uma surpresa – e seria ridículo – se não refletisse”⁴³.

Em posição diametralmente oposta, Jeremy Waldron argumenta que o controle judicial forte da legislação é inapropriado como modelo de decisões finais em uma democracia. O autor parte do “princípio de que discordâncias quanto a direitos não são principalmente questões de interpretação, mas levantam questões de importância prática para a comunidade política”⁴⁴. O fato de as pessoas discordarem sobre os seus direitos não significa que elas não levam os direitos a sério, ao contrário, na maioria das vezes as pessoas discordam de boa-fé, nesse caso, nem mesmo uma declaração de direitos poderia solucionar a questão⁴⁵.

⁴⁰ MENDES, 2008, p. 79.

⁴¹ DWORKIN, 2006, p. 54.

⁴² Ronald Dworkin destaca que a integridade na deliberação judicial “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, como esse fim, interpretassem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal” (DWORKIN, 2007, p. 261).

⁴³ DWORKIN, 2002, p. 180.

⁴⁴ WALDRON, 2010, p. 113.

⁴⁵ WALDRON, 2010, p. 115.

Waldron destaca que a resolução dos desacordos de forma imparcial pesa contra o *judicial review* e que nas democracias os órgãos legislativos possuem melhores condições de oferecer respostas imparciais com base na decisão majoritária. Não há comprovação de que a corte quando revoga uma legislação está falando em nome do povo, a teoria do pré-compromisso é uma mística infundada, já que “quando os cidadãos discordam sobre isso, não fica clara a razão pela qual conceder aos juízes o poder de decidir deveria ser entendido como manutenção de um pré-compromisso”⁴⁶. Para Waldron, os legisladores eleitos possuem credenciais democráticas melhores para resolver possíveis controvérsias em uma comunidade política, já que uma questão de suma importância para a democracia é a reivindicação de ser parte na sua própria estrutura política⁴⁷, ou seja, através dos procedimentos legislativos:

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, eles precisam para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las com iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais do jogo democrático⁴⁸.

Waldron se opõe a Dworkin quanto à questão majoritária, destacando que “se o recurso à legitimidade da deliberação majoritária para se resolver questões concernentes às condições da democracia é questionável, o recurso da legitimidade do *judicial review* (ou qualquer outro procedimento político) para a resolução de tais questões também o é”⁴⁹. Para Waldron não existe uma variação qualitativa entre a decisão majoritária do parlamento e a da corte, gerando certo casuísmo na escolha por parte dos defensores do *judicial review*.

46 WALDRON, 2010, p. 143.

47 WALDRON, 2009, p. 262.

48 WALDRON, 2010, p. 157.

49 WALDRON, 2009, p. 268.

Por outro lado, não existe razão em depreciar a deliberação majoritária com base na alegação de que eles legislam em causa própria, muito menos que o *judicial review* acarretaria melhorias políticas no debate participativo da sociedade. Assim, “sempre há uma perda para democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias á democracia”.⁵⁰

Apesar da simplificação do debate entre os autores, pode-se extrair uma breve noção quanto às razões empregadas entre defensores da supremacia judicial ou parlamentar. Conrado Hübner Mendes destaca, pormenorizadamente, os pontos mais empregados entre os adeptos das duas correntes. Os argumentos mais comuns a favor da corte seriam⁵¹: “a corte protege as precondições da democracia assegurando o processo de formação democrática e a proteção dos direitos fundamentais”; “a corte protege os direitos das minorias e impede a tirania da maioria”; “a corte é emissária do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento”; “a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o povo”; “a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito”; “a corte é um agente externo que julga com imparcialidade”; “a corte é um veto inerente e dinâmico da separação de poderes”; “a corte analisa o caso concreto submetendo-o a uma racionalidade incremental e o inserindo na jurisprudência”; “a corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa”; “a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa”; “a corte é uma instituição educativa e promove o debate público”; “a corte integra o sistema democrático, não está à margem dele”.

Por outro lado, a favor do parlamento, as teses mais comuns são⁵²: “o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar de ideal de democracia nos Estados modernos”; o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política; “o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta”; “a atividade decisória do parlamento estimula

⁵⁰ WALDRON, 2009, p. 268.

⁵¹ MENDES, 2011a.

⁵² MENDES, 2011a.

o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização”; “a objeção contra a supremacia do parlamento representativo ecoa preconceitos da tradição antidemocrática”; “a regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade”; “a regra da maioria limita o poder”; “decisões sobre questões de justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências”.

Seguindo essa análise descritiva, José Ribas Vieira, com base no artigo “*conservatives and the seven sins of judicial activism*” de William Marshall, destaca sete tipos de ativismo judicial:

- 1) Ativismo contramajoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; 2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estreitas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas; 3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos. 4) Ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação; 5) ativismo material (ou criativo): resultante de novos direitos e teorias da doutrina constitucional; 6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas de outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicial imposto; 7) Ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir os objetivos específicos de um determinado partido ou seguimento social⁵³;

José Ribas Vieira destacou, ainda, que o STF passou gradativamente a ocupar o espaço desenhado pela Constituição de 1988 e que o alargamento institucional da Corte independe da judicialização da política. “Tal processo significa uma centralização de poder em detrimento das demais instâncias do Poder Judiciário. Resulta essa dinâmica institucional, por exemplo, que, no universo do STF, presencia-se esse ‘ativismo jurisdicional’ conflitando com a judicialização da política na primeira instância”⁵⁴.

Considerando as questões até aqui expostas, tais teses parecem irreconciliáveis no plano metodológico, ou seja, ou se aceita a supremacia judicial ou a do parlamento. Contudo, permaneceria certa

⁵³ VIEIRA, 2009, p. 49-50.

⁵⁴ VIEIRA, 2009, p. 51.

A problemática da judicialização pode ser revista através de uma perspectiva deliberativa que leve a sério os desacordos morais da sociedade (...)

incongruência se fosse defendida a supremacia de uma instituição em detrimento da outra, já que isso implicaria na afirmação que uma delas detém o monopólio da interpretação constitucional.

Entretanto, entende-se que um processo deliberativo que considere os desacordos políticos e o controle de constitucionalidade, na tentativa de reconciliar deliberação política com revisão judicial, não pode limitar-se a uma sobreposição monológica dos poderes. A problemática da judicialização pode ser revista através de uma perspectiva deliberativa que leve a sério os desacordos morais da sociedade, mediante um debate permanente, em que a questão da “última palavra” se torne um dado contingente.

3. O MODELO DELIBERATIVO ADVERSATIVO E A TESE DA ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA

Carlos Santiago Niño destaca que o Judiciário dentro de uma teoria epistêmica da democracia deliberativa deve se manifestar sob três condições⁵⁵: 1) no controle do procedimento democrático, cuja missão central de árbitro do processo democrático, garante que as condições da discussão e das decisões sejam satisfeitas e que a intervenção judicial seja direcionada a ampliar o processo democrático, requerendo maior participação, liberdade e igualdade; 2) os juízes poderiam invalidar uma legislação se o seu objetivo fosse impor um ideal de excelência pessoal, que mitigasse de alguma forma o reconhecimento da autonomia e; 3) o Judiciário poderia intervir de forma justificada para invalidar uma lei formulada democraticamente, a fim de proteger a Constituição e a eficácia de suas normas. Para Niño, em uma teoria epistêmica da democracia, o controle judicial de constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar que se encontrem presentes as condições de tornar possível a valorização do valor epistêmico da participação coletiva⁵⁶.

Assim, verifica-se que a fórmula de Carlos Santiago Niño abarca não só a figura substantiva do juiz como ator político, mas também do Judiciário como arena deliberativa que amplia a atuação e a participação política, fundindo as teses procedimentalistas e substancialistas. Assim, parte-se da premissa de que uma análise política

⁵⁵ NIÑO, 2003.

⁵⁶ NIÑO, 2003, p. 299.

institucional, cujo objeto é a interação entre atores políticos, tende a ser melhor analisada em uma dimensão deliberativa e menos decisionista, na qual a formulação das políticas públicas deva levar em conta todos os atores envolvidos.

Nesse caso, não se cogita o problema da “última palavra” sobre matéria constitucional, mas de “última palavra provisória”, ou seja, não há última instância definitiva, já que a decisão é uma questão de provisoriedade. Conrado Hübner Mendes destaca que o desempenho deliberativo pode ser considerado um princípio regulador do desacordo entre a Suprema Corte e o Parlamento⁵⁷.

A deliberação se compõe de forma adversativa, a não significar que o embate entre instituições seja negativo, ao contrário, parlamentos e tribunais possuem legitimidade para serem ativistas desde que promovam o diálogo. A legitimidade para definir um tema controvertido não significa que um poder detenha monopólio sobre o outro. Nesse sentido, filia-se ao entendimento de Conrado Hübner Mendes:

Não obstante o fato de que o lugar da última palavra provisória precisa ser institucionalmente localizado, a partir de outro ponto de vista, este é um mero detalhe. Para saber quem deve prevalecer é uma questão contingente, privados de uma resposta de princípio, geral e abstracta. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política não deve ser ofuscado por essa discussão. O tribunal, se ele tem esse poder, não é uma garantia de decisões corretas, e não pode ser percebido como tal. É um mecanismo que tenta evitar o arrefecimento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença para com e omissão de certas razões consideradas como fundamental na legitimação da política. Destina-se a nutrir uma cultura pública de maior densidade deliberativa. Será legítimo, desde que ele cumpra o seu papel. Há riscos, claro. Para permanecer com os principais: do lado judicial, a legalismo hermético, o imperialismo retórico, o contexto socioeconómico conservador de juízes, a arrogância do guardião entrincheirados e monopolista, por outro lado, a passividade legislativo, deferência e complacência. Sugiro que uma alternativa para reduzir esses riscos é desenvolver uma forte demanda para o diálogo que, uma vez impregnado na prática decisória de todos os ramos, acrescenta um ganho exponencial a este

⁵⁷ MENDES, 2011a, p. 171.

projeto. Em tal modelo ideal, não há nem um guardião entrincheirado nem um legislador deferente e tímido, mas dois ramos envolvidos em o exercício da persuasão. Eles divergem, mas com respeito mútuo, sem uma presunção de habilidades superiores⁵⁸ [tradução livre].

Um modelo deliberativo institucional que vincule vários atores apresenta um viés muito mais democrático do que o ofertado por um modelo conflitivo, em que ambos os poderes não abrem mão de impor uma determinada decisão. A ausência de uma palavra final significa que os interesses das minorias poderão alçar *status* de maioria, já que uma “última palavra provisória” garante a continuidade do debate, promovendo realmente uma discussão pública sobre o tema, possuindo mais chances de se tornar estável do ponto de vista institucional, ou seja, a resolução da controvérsia através de um processo deliberativo acarreta a estabilização do jogo político, favorecendo uma verdadeira interação institucional.

Não obstante, esse processo deliberativo deve ser um veículo para reconectar os interesses da sociedade com as instituições que as representam, caso contrário o processo deliberativo não passaria de uma metáfora simbólica sem nenhum efeito para os interesses da sociedade. Neste sentido é a lição de Jean Leclair:

La force symbolique des mots ne doit pas être négligée. Affirmer l’existence d’un dialogue institutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux est un outil rhétorique fort puissant. Employé à mauvais escient, la métaphore du dialogue pourrait servir de justification à une réinterprétation des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui ne servirait pas nécessairement les intérêts des citoyens. Le bien-être de ces derniers, faut-il le rappeler, est la raison d’être des institutions

58 MENDES, 2011b, p. 24-25. No original: “Notwithstanding the fact that the place of provisional last word needs to be institutionally located, from another perspective, this is a mere detail. To know who should prevail is a contingent question, deprived of a principled, general and abstract answer. The value of a continuous process of political will-formation should not be obfuscated by that discussion. The court, if it has this power, is not an assurance of right decisions, and cannot be perceived as such. It is a mechanism that tries to avoid the cooling down and the marginalization of the language of rights, the indifference to and omission of certain reasons regarded as fundamental in the legitimation of politics. It seeks to nourish a public culture of greater deliberative density. It will be legitimate as long as it fulfills its role. There are risks, of course. To remain with the main ones: on the judicial side, the hermetic legalism, the rhetorical imperialism, the conservative socio-economic background of judges, the arrogance of the entrenched and monopolist guardian; on the other side, the legislative passivity, deference and complacency. I submit that an alternative to reduce such risks is to develop a stronger demand for dialogue that, once impregnated in the decisional practice of all branches, adds an exponential gain to this design. In such an ideal model, there is neither an entrenched guardian nor a deferent and timid legislator, but two branches engaged in the exercise of persuasion. They diverge, but with mutual respect, without a presumption of superior skills.”

étatiques. Il est également au cœur de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Employée à bon escient, une approche dialogique axée sur le souci d'être à l'écoute des citoyens pourrait, à l'inverse, enrichir le débat démocratique de manière tangible. Bref, toute référence au dialogue n'a de pertinence que si elle favorise la participation du citoyen au processus de gouvernance. Si son invocation ne sert qu'à légitimer le pouvoir des organes étatiques sans égard aux intérêts des citoyens, c'est une notion qui n'a pas sa raison d'être⁵⁹.

A respeito, John Ferejohn e Pasquale Pasqualino enfatizam que as cortes exercem um papel importante na democracia, já que “os juízes, ao exercerem o papel deliberativo, podem aperfeiçoar os poderes dos representantes eleitos ao prover um sistema mais flexível e inteligente para implementação e o aprimoramento da legislação e das determinações públicas”⁶⁰.

CONCLUSÃO

Diante da análise empreendida, ficou demonstrado que a judicialização aponta para uma crise virtual dos poderes, que essa possível crise é mitigada pela ampliação da participação democrática e que as medidas para a expansão do diálogo institucional não devem limitar a atuação do STF, mas ampliar a grau de participação no processo democrático. Na verdade, o Judiciário atua como um árbitro da arena democrática, na qual o processo deliberativo tende a ser o liame entre os atores políticos.

O modelo deliberativo adversativo torna contingencial a questão da “última palavra”, elevando o desempenho deliberativo institucional na formação do consenso, implicando a continuidade do debate e a melhor implementação de políticas públicas. Essa interação

⁵⁹ LECLAIR, 2003, p. 419. Tradução livre: “A força simbólica das palavras não deve ser menosprezada. Afirmar a existência de um diálogo institucional entre o legislativo e os tribunais é uma ferramenta retórica muito poderosa. Utilizados indevidamente, a metáfora do diálogo pode servir de justificação para uma reinterpretação da relação entre os poderes judiciais e legislativos que não necessariamente servir os interesses dos cidadãos. O bem-estar destes, deve ser lembrado, é a razão para as instituições do Estado. Ele também é o coração da doutrina da separação de poderes. Usado com sabedoria, uma abordagem dialógica focada na participação dos cidadãos poderia, por outro lado, enriquecer o debate democrático de maneira tangível. Em suma, qualquer referência ao diálogo só é relevante se promover a participação dos cidadãos no processo de governança. Se sua invocação serve apenas para legitimar o poder dos órgãos do Estado sem levar em conta os interesses dos cidadãos, é um conceito que não tem razão de ser” (LECLAIR, 2003, p.419).

⁶⁰ FEREJOHN; PASQUALINO, 2011, p. 45.

(...) o judiciário é um ator político relevante na salvaguarda de direitos, mas a supremacia da constituição não equivale à supremacia judicial, muito menos a uma supremacia parlamentar.

deliberativa refreia o problema da supremacia parlamentar e judicial, já que as decisões não são tomadas através de um processo monológico impositivo, muito menos através de uma deferência institucional, mas mediante intenso debate, em que todos os argumentos devem ser igualmente respeitados.

A democracia deliberativa nos obriga, como membros do público, a abordar questões importantes sobre direito e política de modo abrangente, de forma que esses interesses se tornem especiais do ponto de vista da sociedade. Em uma perspectiva deliberativa, reconhecer os outros como membros políticos significa que ambos os pontos de vistas sobre lei e política são importantes, obrigando os indivíduos a tomar uma decisão política que abranja todos os interesses comuns⁶¹.

Por outro lado, é necessário que o modelo deliberativo considere as desigualdades, como bem salientou Cláudio de Souza Pereira Neto, já que:

As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito, e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há garantias de que tal cooperação de fato venha ocorrer⁶².

Desse modo, confia-se que o método deliberativo apresenta melhores condições para solucionar os interesses conflitantes sem recair nos modelos definitivos da supremacia parlamentar ou judicial, destacando que o judiciário é um ator político relevante na salvaguarda de direitos, mas a supremacia da constituição não equivale à supremacia judicial, muito menos a uma supremacia parlamentar.

Como destacou Roberto Gargarella, “a revisão judicial pode ser um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública a respeito dos direitos sociais. Bem como o ativismo jurídico na área dos direitos sociais pode ser relevante, dado a íntima relação que existe entre direitos sociais e participação política”⁶³.

⁶¹ O’FLYNN, 2010.

⁶² SOUZA NETO, 2006, p. 253.

⁶³ GARGARELLA, 2006, p. 32.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério B; COUTO, Claudio G. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia: entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 137-179, 2006.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana. uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BREUS, Thiago Breus. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp, 2013. p. 181-200.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97-130.

COUSO, Javier. The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity. In: DOMINGO, Pilar; GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis (Eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An*

Institutional Voice for the Poor? Aldershot: Ashgate, 2006. p. 61-82.

DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. 14th ed. United States: Parson Education Inc., 2013.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FEREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Vilela *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41-63.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, México, n. 28, p. 9-32, jul.-dec. 2006.

_____. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University press, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KINGDON, John W. Como chega a hora de uma ideia? In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas - Coletânea*, Tradução [?], Brasília: ENAP, v. 1, 2006. p. 219-224.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Montreal, t. 63, numéro spécial, p. 377-420. 2003.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 97, p. 187-206, nov. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. Neither Dialogue nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, Oxford, v. 5, p. 1-40, jun. 2011b.

NIÑO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

O'FLYNN, Ian. Deliberating About the Public Interest. *Res Publica*, v. 16, n. 3, p. 299-315, 2010.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, Carlos; STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano (Eds.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*. Cambridge (MA): Inter-American Development Bank; David Rockefeller Center for Latin America Studies (Harvard University), 2010. p. 77-117.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741.

TATE, Neal; VALLINDER, Torborn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

_____. Verso reverso: a judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, p. 45-58, 2009.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade e jurisdição constitucional*. Tradução Adauto Vilela; Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

_____. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz (Orgs.). In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Vilela et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.